

ADOÇÃO, O DESCOMPASSO DO NOVO CÓDIGO CIVIL FRENTE AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Iriana Maira Munhoz

Formada pela Faculdade de Direito de Bauru, ITE.

Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela ITE.

Advogada Militante.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A adoção alinha-se entre os mais complexos temas do conjunto de conhecimentos específicos que tem por centro o ser humano em fase de formação. É um tema que nos leva a uma grande reflexão, pois não se trata apenas de um procedimento legal para ganhar legitimidade em relação a uma criança ou a um adolescente, muito pelo contrário, a adoção nos leva a dar e receber muito amor do nosso semelhante.

A partir da Constituição Federal de 1988, ingressou em nosso sistema jurídico pelo art. 227, a doutrina da Proteção Integral, ou seja, a imposição do reconhecimento da peculiaridade da condição da criança e do adolescente, seres humanos em formação que passam por dois ciclos rápidos, o da infância e da juventude, pois nesta condição, encontram maior dificuldade para se oporem aos obstáculos para seu pessoal desenvolvimento. Essa proteção integral é estendida à criança pobre ou rica, pois se faz de uma forma universalizada, sem que implique qualquer discriminação.

É com esse pensamento, não só jurídico como também afetoso, que vamos analisar a chegada do novo Código Civil frente ao ECA, que foi elaborado em consonância com a Constituição Federal de 1988.

2. ADOÇÃO DO CÓDIGO DE 1916 E O ECA

O Código de 1916 disciplinava a adoção dos maiores de 18 anos. Essa era feita por escritura pública, sem interferência do magistrado, ao contrário do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que disciplinava a adoção dos menores até 18 anos, e além dessa idade, por exceção, quando ao completar 18 anos, o adotado já estivesse sob a guarda ou tutela dos adotantes. No procedimento estatutário, a adoção depende de sentença judicial.

A adoção feita pelo antigo Código de 1916, de acordo com o art. 374, extinguiu-se por ato bilateral (adotante e adotado), ou seja, por mera conveniência das partes, por se tratar de um negócio jurídico entre maiores e capazes, dessa forma a lei possibilitava seu desfazimento igualmente por escritura pública. Diferentemente da adoção civil, a adoção estatutária não se coaduna com o conceito de revogabilidade, pois ao imitar a natureza, a adoção deve ser irrevogável.

Por um período, tivemos em nosso sistema duas modalidades de adoção: a adoção plena, espécie de adoção pela qual o menor adotado passa a ser irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Já na adoção simples, espécie de adoção revogável, não há qualquer parentesco civil entre o adotado e os parentes do adotante, nem extinção dos direitos e deveres resultantes do parentesco natural, com exceção do pátrio poder, que se transfere do pai natural para o adotivo.

O ECA reformulou integralmente o instituto da adoção, acabando com a dicotomia adoção plena - adoção simples, prevalecendo a adoção sem qualificativo, de efeitos pleno e irrevogável, que atribui a condição de filho ao adotado com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de quaisquer vínculos com seus parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (artigos 41 e 48 do ECA).

Como já vimos em nossa introdução, o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, representa, sem dúvida, o maior avanço do Direito de Família pátrio de todos os tempos, pelo seu alcance ético, social e humanitário. Logo, ao nosso ver, já não havia mais como sustentar a adoção do Código Civil de 1916, cujos dispositivos estavam enraizados em concepções contratuualistas, que remontam ao direito romano, altamente discriminadoras, portanto inconstitucionais. Este artigo é considerado o ponto de partida para a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente em nosso país.

3. O NOVO CÓDIGO CIVIL FRENTE AO ECA

O Código de 2002, já nasceu perdendo oportunidades, com relação ao instituto da adoção, deixando de reger muitos fatos já existentes em nossa sociedade, como, por exemplo, a adoção por homossexuais, a adoção de nascituros, enfim, si-

tuações que vêm se deparando com a falta de regulamentação, deixando os operadores do direito em uma desconfortável posição.

Com relação aos homossexuais, não temos nenhuma regra legal no Código ou no Estatuto, que permita ou proíba a adoção. A doutrina se divide, tendo autores conservadores não admitindo a adoção por homossexuais, mas também havendo autores mais progressistas, como José Luiz Mônaco da Silva, que se posiciona a favor da adoção por homossexuais (podendo assumir também sua guarda ou tutela), dependendo precipuamente do comportamento do homossexual frente à sua comunidade, isto é, ficará na dependência de o juiz apurar a conduta social do requerente em casa, no trabalho, na escola, no clube, enfim, no meio social onde vive.

Portanto, ressalta José Luiz Mônaco, que seja o requerente heterossexual ou homossexual, o procedimento a ser seguido será o mesmo, pois o que impedirá a colocação da criança em família substituta será na verdade, o comportamento desajustado do adotante, mas jamais sua sexualidade. Assim, se ele cuidar, educar a criança, dentro dos padrões aceitos pela sociedade brasileira, a sua homossexualidade não poderá servir de pretexto para o juiz indeferir a adoção.

E os nascituros, que posição ocupam em nosso Código Civil e em nosso Estatuto? Como é sabido, temos três teorias com relação ao momento em que se instaura a personalidade jurídica do nascituro: natalista, concepcionalista, personalidade condicionada.

A teoria natalista dispõe que o nascituro não tem personalidade jurídica, ele somente a adquire se nascer com vida. A teoria concepacional propõe que a personalidade jurídica se instaura desde a concepção e, por fim, a teoria da personalidade condicionada, que é uma vertente intermediária entre a natalista e a concepcional, propõe que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, mas esta depende da confirmação que sobrevirá com o nascimento com vida. Que doutrina o nosso Código Civil Brasileiro adotou?

A doutrina se divide: os tradicionalistas dizem que nosso Código é natalista (Silvio Rodrigues, Orlando Gomes etc.); os modernistas têm defendido a idéia de que nosso Código é adepto da personalidade condicionada. São representantes dessa idéia Francisco Amaral, Silmara Quinelato. Os estatutistas se afiliam aos autores mais progressistas.

O ECA, em seu art. 8º, se coloca na defesa do pré-natal, protegendo não só a gestante, mas também o nascituro, integrando-se na teoria da personalidade condicionada, e o capítulo que trata deste artigo é Do Direito à Vida e à Saúde, sendo esses direitos uma derivação dos direitos fundamentais do artigo 227 da Constituição Federal. Diante do exposto, fica a interrogação, qual sistema cuidaria da proteção da adoção de um nascituro?

O novo Código Civil apenas fez a transposição das regras estatutárias para seus artigos, mas de forma defeituosa. Vejamos outros itens que o legislador deixou de levar para o Código de 2002:

- O Legislador não trouxe o art. 39 do ECA, o qual disciplina a proibição da adoção por procuração.
- A irrevogabilidade da adoção, prevista no art. 48 do ECA, não foi traduzida para o novo Código.
- O estágio de convivência entre adotante e adotado, previsto no art. 46 do ECA.
- A determinação de cancelamento do assento de nascimento do adotando, nem tampouco um assento de nascimento novo.

O professor Nelson Nery propõe uma alternativa que, de antemão, se busca conservar o estatuto, pois o Estatuto não é uma legislação comum, pelo fato de ser especialmente voltada para interesses e direitos da proteção integral constitucional. Logo, as leis que sobrevierem só o revogarão se estiverem em consonância com as diretrizes constitucionais, ou seja, de acordo à CF, é zelar pela proteção integral em cada caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Feitas essas anotações, colhidas através de um universo bastante vasto de informações, nada obstante seja um tema ainda bastante dividido na doutrina, torcemos para que os operadores do direito encontrem soluções para os diversos obstáculos encontrados pelo o instituto da adoção, soluções essas que não precisam estar em consonância com as normas legais, mas acima de tudo, em consonância com o bem estar do adotado. Pois, este direito do adotado, seja ele nascituro, criança ou adolescente, é não só um direito constitucional, mas um dever do nosso Estado de zelar pela Proteção Integral desses seres humanos em desenvolvimento.

5. BIBLIOGRAFIA

DINIZ, Maria Helena. Atualidades Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Tânia da Silva. Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sociojurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Luiz Mônaco da. A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.